

Acordos de leniência municipais: desafios e perspectivas¹

Municipal anti-corruption settlements: challenges and perspectives

Acuerdos de clemencia municipales: desafíos y perspectivas

Felipe de Paula, Amanda Moreira Kraft e Betina Le Grazie

<https://doi.org/10.36428/yvn1tx24>

Resumo: O artigo parte da constatação de que acordos de leniência têm sido subutilizados em âmbito municipal. Dentre as explicações possíveis para esse fenômeno, destaca-se a ausência da regulamentação da Lei nº 12.846/2013, a falta de uma estrutura burocrática dedicada ao tema e a incipiência da cultura governamental de soluções não litigiosas. Para além das dificuldades institucionais, há diversos desafios da prática de negociação de acordos, principalmente relacionados à delimitação de valores. Nesse cenário, o suporte institucional e a difusão de conhecimento da Controladoria-Geral da União têm potencial de ampliar e consolidar uma cultura local de acordos de leniência bem-sucedidos.

Palavras-chave: acordo; leniência; municípios; desafios; perspectivas

Abstract: *The article has the underutilization of anti-corruption agreements at the municipal level as a starting point. Possible explanations for this phenomenon include Law nº 12.846/2013's lack of regulation, the absence of a bureaucratic structure dedicated to the issue, and the incipient governmental culture of non-litigious solutions. In addition to the institutional difficulties, there are several challenges in negotiating anti-corruption agreements, mainly related to the delimitation of amounts to pay. In this scenario, institutional support and the dissemination of knowledge by the Office of the Comptroller General can potentially expand and consolidate a local culture of successful agreements.*

Keywords: anti-corruption; settlement; municipalities; challenges; perspectives

Resumen: *El artículo parte de la constatación de que los acuerdos de clemencia han sido subutilizados en el ámbito municipal. Entre las posibles explicaciones de este fenómeno están la falta de reglamentación de la Ley nº 12.846/2013, la ausencia de una estructura burocrática dedicada al tema y la incipiente cultura gubernamental de soluciones no litigiosas. Además de las dificultades institucionales, existen varios desafíos en la práctica de la negociación de acuerdos, principalmente relacionados con la delimitación de valores. En este escenario, el apoyo institucional y la disseminación de conocimiento por parte de la Contraloría General tienen el potencial de expandir y consolidar una cultura local de acuerdos de clemencia exitosos.*

Palabras clave: acuerdo; clemencia; municipio; desafíos; perspectivas

1. Artigo submetido em 06/09/2023 e aceito em 12/03/2024.

INTRODUÇÃO

O presente artigo almeja levantar hipóteses e propor ações sobre a baixa utilização de acordos de leniência por municípios brasileiros. Mesmo com 10 anos da publicação da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou LAC), o número de acordos de leniência assinados em nível municipal demonstra que a execução desse tipo de solução consensual ainda é praticamente inexistente.

O trabalho desenvolvido partiu de pesquisas junto às 26 capitais do país e o Distrito Federal, bem como examinou a assinatura do primeiro acordo de leniência do Município de São Paulo. Não há, entretanto, pretensão de detalhar todos os pontos relevantes dessa discussão, ou de debater aspectos específicos de cada município. A partir da mobilização de exemplos práticos de dificuldades enfrentadas e do levantamento de hipóteses explicativas, o objetivo do artigo é evidenciar a ausência de uso de acordos de leniência por municípios; a necessidade de endereçamento de aspectos institucionais; a existência de frequentes dificuldades práticas; e o potencial de intensificação do papel da Controladoria Geral da União (CGU) como autoridade difusora de conteúdo.

Para tanto, o texto encontra-se estruturado em 4 tópicos: (i) abordagem da relevância e das premissas do instituto; (ii) exposição de dificuldades institucionais identificadas em âmbito local; (iii) discussão sobre desafios relacionados a valores envolvidos nas tratativas municipais; e (iv) apresentação de perspectivas, com recomendações de ações que podem contribuir para a ampliação do número de acordos.

1. RELEVÂNCIA E PREMISSAS DE ACORDOS DE LENIÊNCIA

O acordo de leniência anticorrupção é um mecanismo negocial que surgiu na esteira da política legislativa de fomento à adoção de soluções consensuais no exercício do poder punitivo estatal.² Trata-se de instrumento previsto desde a edição da LAC, mas que passou a ser utilizado, no âmbito da CGU, a partir de 2017, sendo objeto de amadurecimentos institucionais e normativos.

Para essa autoridade, e com base no que prevê a própria LAC, os acordos de leniência representam um grande potencial de alavancagem de capacidade investigativa, solução célere dos processos de responsabilização, com pagamento de multa e ressarcimento de danos e incentivo à cultura de integridade no ambiente corporativo.

O impulsionamento investigativo é um diferencial do acordo de leniência com relação a outros mecanismos de consensualidade (Fernandes & Mendes, 2021; Dipp & Castilho, 2016; Ministério Público Federal, 2017; Controladoria-Geral da União & Advocacia-Geral da União, 2018a, 2018b), que auxilia sobremaneira o poder público na detecção de ilícitos, no ressarcimento de potenciais danos causados ao erário e na sanção administrativa dos responsáveis. Assim, o ponto de partida necessário do acordo é a disposição, por parte da pessoa jurídica, de colaborar efetivamente com as investigações. Estabelecida a intenção do particular, os fatos tidos como ilícitos – cuja ocorrência deve ser por ele reconhecida – devem estar devidamente comprovados: se nenhuma das partes conseguir levantar provas robustas, não há fundamento para sua inclusão na leniência, sob pena de reconhecimento de responsabilidade objetiva sob fatos ainda controversos.

Para as pessoas jurídicas, por sua vez, a celebração de acordo de leniência permite, além da redução da multa e de outros potenciais benefícios,³ a conclusão ágil do processo de responsabilização, com a consequente contenção da insegurança jurídica a ele atrelada. Além disso, o acordo pode ser

2. Dentre os outros mecanismos relacionados a essa política legislativa, é possível citar, por exemplo, a colaboração premiada, o acordo de não persecução penal, o acordo de não persecução civil e o termo de ajustamento de conduta.

3. Tais como: (i) ausência de publicação extraordinária da condenação, (ii) isenção ou atenuação da proibição de contratar com a Administração Pública e (iii) isenção da proibição de receber incentivos, subsídios e empréstimos de órgãos ou entidades públicas.

forma de negociar o arrefecimento das sanções previstas na legislação sobre licitações e na Lei nº 8.429/1992 (LIA).

A despeito dos problemas inerentes à multiplicidade de atores envolvidos em acordos de leniência, que ainda não foram completamente superados,⁴ o fato é que, sob a ótica administrativa, suas premissas e benefícios foram aprofundados e aprimorados com o passar do tempo. A experiência e o aprendizado institucional com a celebração de acordos em âmbito federal naturalmente impactaram o ambiente burocrático e normativo que trata do tema.

Nesse sentido, não só a regulamentação relacionada aos acordos foi atualizada, com a edição do Decreto nº 11.129/2022 (Decreto), mas também o aparato da CGU foi aperfeiçoado. Hoje o órgão possui uma estrutura específica e organizada que trata especificamente do assunto, bem como entendimentos cada vez mais consolidados que auxiliam na condução das negociações.⁵

Não obstante, e mesmo que a política anticorrupção tenha sido desenhada para ser replicável pelos demais entes federativos, passados 10 anos de vigência da LAC, a grande maioria dos municípios do país ainda não vivenciou esse aprendizado institucional, conforme se passa a expor.

2. DIFICULDADES INSTITUCIONAIS: REALIDADES LOCAIS

Apesar do potencial dos acordos de leniência, e ressalvados os limites de acesso a fontes públicas de informações relativas à assinatura de acordos em nível municipal, é seguro afirmar que o instituto não está sendo utilizado de forma significativa para além do ambiente federal – tanto em termos de frequência

quanto de valores. Em pesquisa realizada nas 26 capitais e Distrito Federal, apenas dois acordos de leniência celebrados em âmbito municipal foram identificados: um pela Prefeitura de São Paulo e outro pela Prefeitura de Maceió em parceria com o Ministério Público do Estado de Alagoas.⁶

Para compreender esse cenário, serão expostas neste tópico hipóteses para explicar a subutilização mapeada.

a. Inexistência ou incipiência dos regulamentos locais

Em relação aos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção que afetam o erário público federal, a CGU é ente concorrentemente competente para adotar as medidas cabíveis – sejam essas consensuais ou não. Essa competência é exercida com base na LAC, no seu Decreto e nas normas e materiais complementares que a própria autoridade elaborou. Há, portanto, espaço normativo sedimentado para a condução do processo desafiador que é a negociação de um acordo de leniência.

Observando-se a situação dos municípios brasileiros, contudo, não se vislumbra o mesmo cenário. Da amostragem eleita, dentre as 26 capitais e o Distrito Federal,⁷ 8 ainda sequer possuem regulamentação da LAC, inexistindo regramento local sobre acordos de leniência.⁸ De forma semelhante, em estudo realizado pelo Conselho Nacional de Controle Interno (Conaci) e pelo Banco Mundial, estimou-se que 60% dos municípios brasileiros carecem da referida regulamentação.⁹

4. Destaca-se que a CGU tem alinhamentos com diferentes entes. Em 2020, por exemplo, foi assinado o Acordo de Cooperação Técnica entre a CGU, Advocacia Geral da União, o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Tribunal de Contas da União para o combate à corrupção, em particular sobre o acordo de leniência disciplinado na LAC. Ao mesmo tempo, ainda existem ruídos. No referido caso de cooperação, o Ministério Público Federal não assinou e a sua Câmara de Combate à Corrupção divulgou nota técnica criticando o conteúdo do acordo. Informações disponíveis em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/arquivos/ACTversofinalassinada11.pdf> e <https://www.mpf.mp.br/pgp/noticias-pgr/camara-de-combate-a-corrupcao-do-mpf-afirma-que-acordo-de-cooperacao-tecnica-sobre-leniencia-esvazia-atuacao-institucional-e-nao-contribui-para-seguranca-juridica>.

5. A CGU disponibiliza materiais relevantes para o tema em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/publicacoes>. Dentre esses destaque-se “Avaliação de Programas de Integridade em Acordos de Leniência”, o “Manual Prático de Cálculo de Sanções da Lei Anticorrupção: Cálculo e Dosimetria” e “Manual Prático de Avaliação de Programas de Integridade em PAR”.

6. Dado que as propostas de acordo de leniência são recebidas e analisadas sob sigilo, nada impede que haja negociações em andamento das quais não há conhecimento. A pesquisa foi realizada por meio de consultas a repositórios de normas, bem como informações públicas disponíveis na internet, tendo sido finalizada em 30.08.2023. De modo geral, o marco temporal para as pesquisas deste artigo é setembro de 2023. É possível que tenham ocorrido alterações no cenário descrito até a data da publicação.

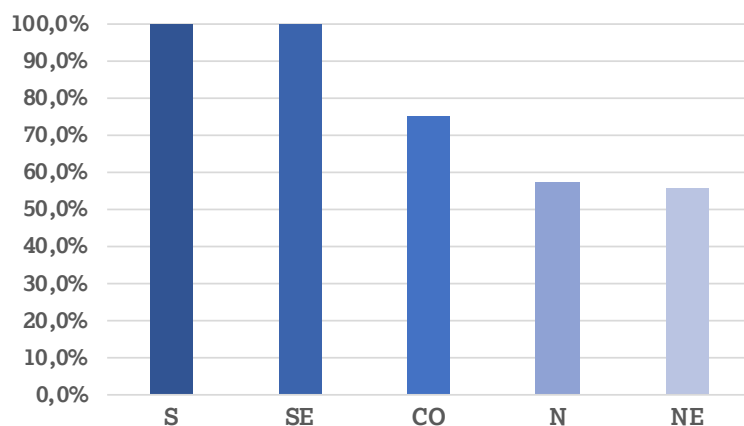
7. Acredita-se que a regulamentação da LAC nas capitais tenha efeito simbólico nas demais municipalidades dos estados. Destaca-se a notícia de levantamento segundo o qual 7 estados brasileiros ainda não contam com regramento: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/07/26/faltam-regras-em-60-dos-municipios-e-sete-estados.ghtml>

8. A saber: Fortaleza, Manaus, Cuiabá, Teresina, Natal, Boa Vista, Aracaju e Macapá. Em Fortaleza, houve projeto para regulamentar o tema (PL 109/2018), mas este foi arquivado.

9. Amaral, S. & Matheus, W. (2022). Diagnóstico Nacional do Controle Interno: Uma avaliação do nível de estruturação das Unidades Centrais de Controle Interno do Poder Executivo dos Municípios Brasileiros baseada no COSO I e IA-CM. *World Bank Group*. Recuperado de: <https://conaci.org.br/wp-content/uploads/2023/06/Digital-Diagnostico-Nacional-do-Controle-Interno.pdf>

Os dados das capitais evidenciam também a disparidade de normas sobre a Lei Anticorrupção nas regiões brasileiras. Como se vê no gráfico abaixo, todas as capitais do Sul e Sudeste regulamentaram a referida lei, enquanto Norte, Nordeste e Centro-Oeste contam com menos regramento.

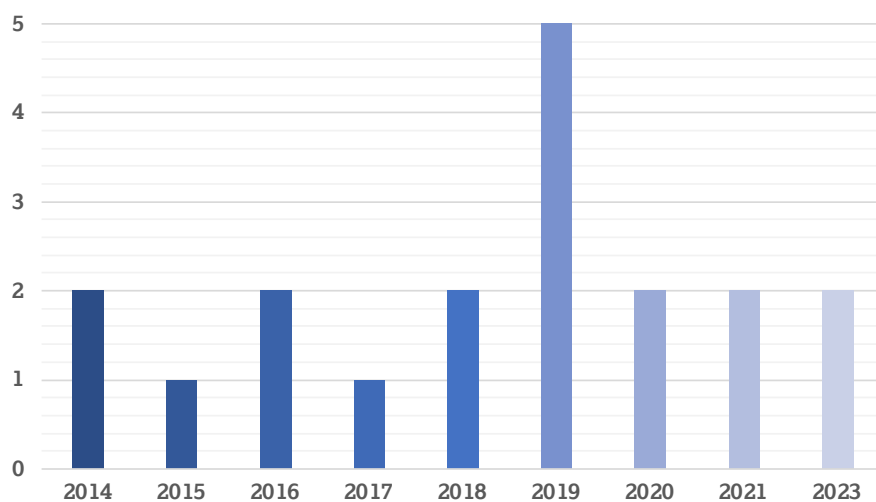
GRÁFICO 1 • % DE CAPITAIS COM DECRETO EM CADA REGIÃO



Elaboração própria

A ausência de regulamentação já é, por si só, uma explicação incontornável para a subutilização desse instrumento em âmbito municipal. Além disso, no gráfico a seguir percebe-se que esses regramentos são, em sua maioria, bastante recentes:

GRÁFICO 2 • DECRETOS PUBLICADOS POR ANO



Elaboração própria

O fato dessa regulamentação ser relativamente nova em grande parte dos municípios pode evidenciar um dos motivos para acordos pouco numerosos. A própria CGU viveu um lapso de amadurecimento institucional entre a edição da LAC, em 2013, e o primeiro acordo, em 2017,¹⁰ de forma que é razoável cogitar que os municípios também necessitem de tempo para se capacitarem e se estruturarem adequadamente.

Não à toa, os dois exemplos de acordos assinados em âmbito municipal fogem à regra da ausência de normas ou da regulamentação recente. No caso do Município de São Paulo, que teve seu primeiro acordo de leniência firmado em maio de 2023, a regulamentação da LAC estava mais madura, tendo sido editada já em 2014. Além disso, e em linha com a experiência federal, já existia um conjunto de procedimentos sobre o tema, previstos em decreto e portarias.¹¹ Quanto ao Município de Macaíó, ainda que a Prefeitura tenha disciplinado a Lei Anticorrupção apenas em 2021, a localidade contou com o auxílio do Ministério Público Estadual, sendo que Alagoas já havia regulamentado a referida lei em 2016.¹²

Entende-se, portanto, que tanto a inexistência como a incipiência dos regulamentos municipais da LAC podem ser elementos explicativos para a inexpressividade do uso da leniência em âmbito municipal até o presente momento.

b. Espaço para o fortalecimento da estrutura burocrática

O número de acordos firmados pela CGU e os valores por ela recolhidos são também reflexo de uma estrutura organizacional consolidada. Atualmente são 10 áreas que compõem o órgão, com destaque para a Secretaria de Integridade Privada, que conta com 3 diretorias: (i) Diretoria de Acordos de Leniência; (ii) Diretoria de Responsabilização de Entes Privados; e (iii) Diretoria de Promoção e Avaliação de Integridade Privada.¹³

Há, portanto, um ambiente treinado e estruturado para que os pleitos de leniência possam ser

avaliados e endereçados adequadamente. Tal especialização permite, inclusive, que se atendam previsões que constam na própria regulamentação da LAC e que exigem conhecimento próprio, tal como o exame de ações e programas de compliance.

Nesse sentido, como segundo elemento catalisador da leniência, entende-se que a existência de normas deve ser acompanhada pela construção ou pelo fortalecimento da estrutura burocrática da autoridade competente, preferencialmente especializada no assunto, com servidores em número suficiente e treinados para a condução de negociações com particulares.

A esse respeito, o já citado estudo do Conaci concluiu que cerca de 25% dos municípios brasileiros sequer apresentam, em seu Poder Executivo, unidades centrais de controle interno (como Controladorias) estruturadas. Dentre os municípios que apresentam algum nível de estruturação, “83% contam com equipes com quantidade de funcionários(as) inferior a cinco pessoas”.¹⁴

Cumprir esclarecer que, por previsão legal, a condução de um Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) pode ocorrer no âmbito das secretarias setoriais, o que não incentiva, ao menos de imediato, a criação de estruturas especializadas. Entretanto, acredita-se que a leniência da LAC exige uma estrutura voltada para isso ou, ao menos, que seja capaz de absorver adequadamente essa demanda.

O material também sugere que o grau de estruturação das unidades de controle interno é impactado pelo porte, arrecadação, índice de urbanização e PIB dos municípios, o que indica que a destinação de recursos públicos para o controle interno é um fator importante para a possibilidade de celebração de acordos de leniência.

c. Necessidade de fomentar uma cultura governamental pró soluções consensuais

Para além da existência de um contexto normativo consolidado e de uma estrutura burocrática voltada ao assunto e em efetiva operação, identificou-se como terceiro elemento relevante para as

10. Informação disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-celebrados>.

11. Decreto Municipal 55.107/2014 e destaque para a Portaria Conjunta 01/CGM-PGM/2020.

12. Decreto Estadual 48.326/2016.

13. CGU. Informações disponíveis em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/quem-e-quem>.

14. Amaral, S. & Matheus, W. (2022). Diagnóstico Nacional do Controle Interno: Uma avaliação do nível de estruturação das Unidades Centrais de Controle Interno do Poder Executivo dos Municípios Brasileiros baseada no COSO I e IA-CM. World Bank Group. Recuperado de: <https://conaci.org.br/wp-content/uploads/2023/06/Digital-Diagnostico-Nacional-do-Control-Interno.pdf>

tratativas – e para que essas resultem na assinatura de acordos de leniência – o fomento a uma cultura governamental que apoie as soluções consensuais.

A consensualidade exercida pelo Poder Público em processos administrativos nem sempre foi enaltecida. A adoção de uma via potencialmente mais célere e menos custosa para atingir objetivos como o pagamento de sanção pecuniária foi, por muito tempo, alvo de severos questionamentos (Guerra & Palma, 2018), essencialmente a partir de uma leitura, em grande medida engessada, da indisponibilidade do interesse público.

Apesar dos desafios tanto acadêmicos quanto judiciais, o fato é que medidas consensuais passaram a ser gradativamente adotadas por diversas autoridades, ainda que baseadas na interpretação conjunta de previsões esparsas (Palma & Marques Neto, 2022). Essa tendência foi endossada e ganhou um novo grau de segurança jurídica com a inclusão do art. 26 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (via Lei nº 13.655/2018).

Seja como for, a difusão da possibilidade, da pertinência e dos benefícios de abordagem consensual na via administrativa ainda não é completa e nem convergente em âmbito municipal. Isso afeta a possibilidade de acordos com o privado em suas mais diferentes frentes, e impacta, também, o avanço dos acordos de leniência.

Para mais, a submissão de uma proposta de leniência é uma prerrogativa da pessoa jurídica. Tanto em um cenário em que a empresa já parta de um PAR, quanto em um cenário em que sejam mapeadas espontaneamente atos qualificáveis como objeto de tratativas, é relevante que a empresa saiba dessa possibilidade e sinta segurança na sua construção, apresentação e condução de uma saída negocial.

A prática da CGU de informar a pessoa jurídica sobre a possibilidade de solução consensual no âmbito de um PAR, mediante a adesão ao chamado julgamento antecipado,¹⁵ por exemplo, contribui para a difusão desse conhecimento, mas ainda não atinge os demais entes federativos. No âmbito local, em que empresas podem não contar com estrutura jurídica especializada, o mero conhecimento da letra da lei pode ser insuficiente e esbarrar em leituras administrativistas mais antiquadas.

15. O julgamento antecipado é previsto pela Portaria CGU nº 19/2022, e consiste em instrumento sancionador negocial para a solução de PARs.

É preciso que a pessoa jurídica saiba como apresentar uma proposta de ressarcimento de danos, de multa e até de avaliação de eventuais medidas de integridade, e que o poder público esteja apto a avaliar e a negociar pontos em que há inicial divergência. Na ausência de segurança prática e jurídica, é possível que as empresas optem, por exemplo, por seguir com o PAR e questionar o resultado judicialmente ou, se esse inexistir e vierem a ser identificadas condutas que poderiam ser objeto de acordo de leniência, decidam por permanecer silentes.

Ressalta-se ainda que, na pesquisa realizada nas capitais brasileiras que regulamentam a LAC, não se identificou a existência de canais voltados especificamente à divulgação do tema dos acordos de leniência como forma de estimular a adoção de condutas consensuais.

Por esses motivos, entende-se que em âmbito local pode ser particularmente relevante a difusão de conteúdos educativos sobre as autoridades locais e sobre as soluções consensuais para casos de corrupção.¹⁶

3. DIFICULDADES: UMA DISCUSSÃO SOBRE RUBRICAS E VALORES

Expostos os elementos institucionais vistos como potencialmente explicativos para a subutilização da leniência em âmbito municipal, este tópico abordará como a prática dos acordos traz ainda mais dificuldades ao poder público local.

Para além das reflexões relacionadas à existência ou não de regulamentação da figura do acordo de leniência, de uma estrutura que viabilize sua negociação e execução e de uma cultura que compreenda e adote soluções consensuais, a prática negocial também traz desafios relevantes para municípios que não estão frequentemente em mesas de negociação. Uma delas, certamente, reside na definição de rubricas e valores.

16. Nesse sentido, Spagnolo (2006, p. 263) destaca que para um programa de acordos de leniência atingir seus objetivos, ele deve ser “geral, público, transparente, previsível e bem divulgado nas comunidades jurídica e, principalmente, empresarial”. Tradução livre de: “Both objectives require that the program be general, public, transparent, predictable, and well-advertised in the legal and – above all – business community.” Spagnolo, G., 2006. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: Buccirosi, Paolo (Ed.), Handbook of Antitrust Economics. The MIT Press, Cambridge. Recuperado de: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4395738/mod_resource/content/1/SPAGNOLO%20-%20Leniency%20and%20Whistleblowers%20in%20Antitrust%20%28full%29.pdf

Em primeiro lugar, tem-se a dificuldade do cálculo da vantagem auferida para fins de multa. Além disso, caso o erário tenha sofrido prejuízos, a empresa responsável pela conduta deverá assumi-los, e a definição de seu montante não é simples. Este tópico também abordará a alguns dos demais problemas já vistos em sede municipal, como o debate sobre a potencial incidência de juros de mora e correção monetária, a relação entre a quantia assumida pela pessoa jurídica e outras eventuais sanções e o potencial impacto da Operação Lava-Jato na definição de valores globais.

a. Cálculo da multa e a vantagem auferida

A Lei Anticorrupção tem como uma de suas sanções administrativas a multa pecuniária. Via de regra, essa corresponderá a 0,1% a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica – reduzidos os tributos – e não poderá ser menor do que a vantagem auferida, quando essa for passível de cálculo (art.6, I da LAC).¹⁷ Apesar da existência de diversos desafios relacionados ao cálculo da multa – por exemplo a aplicação do desconto de até 2/3 previsto na legislação –, a vantagem auferida é um critério relevante para a sua delimitação.

Apesar dos avanços normativos e dos materiais elaborados pela CGU para melhor delimitar o tema,¹⁸ uma das maiores dificuldades numa negociação continua sendo a estimativa da vantagem auferida. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já manifestaram que a vantagem auferida é um conceito de complexa definição e difícil avaliação.^{19,20} Esse não é, portanto, um desafio apenas para a LAC.

17. Num contexto em que seja possível identificar o faturamento bruto. Na sua ausência, os parâmetros observados passam a ser os presentes no §4º do art. 6, I (multa mínima de R\$ 6.000,00 e máxima de R\$ 60.000.000,00).

18. Como, por exemplo, o Manual Prático de Cálculo de Sanções da Lei Anticorrupção: Cálculo e Dosimetria.

19. “Calculating the illicit benefit that the offender obtained (...) is extremely difficult. It also increases the cost and complexity of proceedings, as well as the possibility of successful judicial challenges to otherwise valid infringement decisions. (...) while there is a theoretical floor for the amount of the fine corresponding to the benefit a company derived from the infringement, this is hard to implement; there is no set methodology to calculate the fine;” OCDE. OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil. 2019. p. 171; e 172. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>.

20. CADE. Minuta Guia Dosimetria de multas de cartel: versão preliminar. 2020. https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Cade%20lan%C3%A7a%20vers%C3%A3o%20preliminar%20de%20Guia%20de%20Dosimetria%20de%20Multas%20de%20Cartel_Minuta_Guia_de_dosimetria.pdf.

Em 2022, o novo Decreto da LAC trouxe três metodologias para o cálculo da vantagem (art. 26): (i) o total da receita proveniente de um contrato, reduzidos custos lícitos e comprováveis; (ii) o total de despesas / custos evitados pelo ato lesivo; e (iii) o lucro auferido pela ação / omissão do poder público que ocorreu como resultado da prática ilegal.

Dificuldades sobre o cômputo da vantagem auferida – e por consequência da multa – ainda são enfrentadas não só do ponto de vista matemático, mas também na própria aplicação das regras previstas na LAC e no Decreto, abrindo margem para que casos similares tenham soluções completamente diversas.

O referido Decreto estipula que a multa deve ter como teto máximo o menor valor dentre (art. 25, II, Decreto): (i) a soma de 3 vezes a vantagem pretendida ou auferida; (ii) 20% do faturamento – considerando as regras cabíveis; e (iii) R\$ 60.000.000,00, na incapacidade de calcular faturamento e a vantagem auferida.

A vantagem auferida é, portanto, uma das referências tanto para valor mínimo quanto para o valor máximo da multa: a multa não poderá ser menor do que a vantagem auferida, mas não poderá ser maior do que três vezes o seu valor, quando for possível o seu cálculo. As balizas fixadas pelo Decreto, ainda que positivas, não suprem os desafios encontrados na prática.

No caso do valor máximo da multa, considerando que a condução de acordos de leniência pode ser integrada por servidores diversos, com interpretações diferentes sobre a possibilidade ou não de ser feita – ou examinada – a estimativa da vantagem pretendida ou auferida, é possível que se opte por uma saída talvez menos complexa que é pautar o máximo da multa nos outros critérios previstos no Decreto: 20% do faturamento ou R\$ 60.000.000,00. Essas balizas são, no entanto, significativas, e podem resultar em desequilíbrios quando da impossibilidade de se valer do critério da vantagem auferida. Calcular a vantagem – e por tabela a multa – de forma equivocada pode representar um prejuízo para o erário, mas concluir pela impossibilidade do cálculo pode ser tão ruim para o erário quanto para o agente privado.

Como a vantagem auferida pode envolver a noção de lucro e a subtração de custos legítimos, existe ainda o desafio de reunir e analisar documentos que demonstrem despesas razoáveis quando

do efetivo consumo de um produto ou serviço pela Administração Pública.

Considerando a complexidade e a necessidade de análise de dados – potencialmente em volume significativo –, é essencial que, se decidido pelo cálculo da vantagem auferida, que esse seja feito de forma precisa. Ambas as partes devem contribuir para a determinação de premissas claras e respeito à metodologia eleita. É vital que essa etapa das tratativas conte com registros do que foi realizado, devendo a estimativa se pautar em elementos concretos e seguros para garantir a lisura do montante base da multa LAC.

Dadas as dificuldades e impactos que o cálculo da multa da Lei Anticorrupção pode representar para entes municipais e pessoas jurídicas, compreende-se que essa temática deve ser objeto de maior aprofundamento e difusão de experiências entre instituições públicas. A CGU tem fornecido bons exemplos nesse sentido, com a recente divulgação de documentos como o Guia do Programa de Leniência Anticorrupção e o Relatório de análise da dosimetria de sanções em PAR.

b. Cálculo da reparação de danos

Conforme já comentado, um dos objetivos da LAC e do acordo de leniência é a busca pela reparação dos prejuízos resultantes do ilícito. O correto cálculo do dano é, portanto, peça chave durante a negociação. Ao mesmo tempo em que a autoridade deve preservar os interesses do erário, a empresa também deve estar atenta para evitar pagamentos a maior que possam caracterizar enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Na prática, a noção de reparação gera dúvidas sobre como endereçar situações nas quais não há clareza ou separação evidente entre o que são os prejuízos suportados pela Administração e o que corresponde ao lucro ou enriquecimento ilícito do ente privado.

Havia um risco, portanto, de sobreposição de valores. O assunto foi abordado, em 2022, pelo novo Decreto que, ao dispor sobre requisitos para um acordo de leniência, passa a prever que em situações de concomitante dano à Administração Pública e de obtenção de lucro indevido, haverá (art. 37, §3º):

- (i) uma única contagem para fins de cálculo do montante devido pelo acordo; e
- (ii) a classificação dos valores a título de res-

sarcimento de danos para fins contábeis, orçamentários etc.

A mudança no regulamento contribui com maior segurança jurídica, mas, tal como no cálculo da multa, casos concretos seguem passíveis de dificuldades práticas. Há situações que incluem elementos como sobrepreço, ou ainda de produtos ou serviços em que a comparação de preço não é trivial pois abarca critérios subjetivos (ex. maior eficiência ou durabilidade). Ou seja: nem sempre identificar e afastar sobreposições entre os prejuízos suportados pela entidade pública e o lucro indevido da empresa será simples.

Mais uma vez, é importante que as tratativas contem com diálogo entre as partes e análise cuidadosa de fatos e documentos, de forma a construir uma memória de cálculo clara e verificável. Para além desse levantamento, a autoridade local, com a participação do colaborador, pode adaptar o contrato ou os anexos do acordo de leniência com redação que evidencie a lógica adotada. Aqui, vale pontuar que, dentro dessa recomendação, deve ser considerada a potencial dificuldade na construção das próprias minutas de acordo. A CGU, por exemplo, já possui um histórico nessa etapa do trabalho, mas não é irrazoável pensar que municípios tenham que começar isso do zero.

Na linha do que se identificou como valioso para o endereçamento de outros desafios, como o cômputo da vantagem auferida, também é relevante que os municípios contem com a troca de experiências entre diferentes autoridades a fim de viabilizar o ressarcimento correto e justo dos danos decorrentes de atos de corrupção.

c. Juros de mora e correção monetária

Sobre valores referentes à multa e à reparação de danos num acordo de leniência, identificou-se que a incidência de juros de mora e correção monetária ainda é objeto de dúvidas.

Em primeiro lugar, entende-se que não deverá recair juros de mora ou atualização monetária sobre o valor calculado da multa. Respectivamente, a punição pela demora no pagamento e a preservação do valor a ser recebido pelo erário seriam cabíveis apenas na eventualidade da pessoa jurídica não honrar o compromisso assumido no acordo e na eventualidade da obrigação ser paga na modalidade parcelada.

Exemplos recentes de acordos assinados pela CGU corroboram essa interpretação.²¹

A esse respeito, é relevante pontuar que juros de mora têm caráter sancionador e sua presença faz sentido quando há uma dívida pré-constituída. Por exemplo, o particular deveria ter arcado com um pagamento e não o fez dentro do prazo definido e, portanto, fica sujeito a uma multa moratória.

No caso do acordo de leniência, o valor negociado é uma obrigação nova, de forma que não há – a princípio – um descumprimento. O montante que é objeto do contrato resulta de uma ação consensual que tem como um de seus objetivos o encerramento do correspondente processo administrativo, que até então não contava com uma obrigação monetária em débito.

Em segundo lugar, acerca da correção monetária a ser aplicada sobre o valor do ressarcimento, é importante que a autoridade local responsável pelas tratativas avalie quais serão os marcos temporais aplicados.

Entende-se razoável que um município que dispendeu recursos a maior como resultado de um ato de corrupção receba a reparação atualizada, dado que o montante ficou sujeito à desvalorização. Entretanto, é relevante que haja uma ponderação para que a empresa também não seja excessivamente penalizada diante de eventuais demoras nas negociações que não sejam sua responsabilidade. A pandemia de covid-19 é um exemplo de situação em que tratativas podem ter sido atrasadas de forma significativa e alheia à vontade das partes. Num cenário em que processos ficaram meses ou até anos suspensos, não parece razoável que o colaborador arque com toda a correção ocorrida no período.

Diante da ausência de norma que regulamente a incidência de juros de mora e correção monetária sobre os valores pactuados em acordos de leniência – ainda mais diante da pendência de definição, por parte do Superior Tribunal de Justiça, da forma de correção monetária das dívidas civis²² –, entende-se que os precedentes da CGU devem servir de guia para autoridades municipais.

d. Outras sanções: relação com outras leis

Ainda tratando de valores, outro ponto que na prática tem se mostrado desafiador é como não desestimular a colaboração das empresas diante da possibilidade de penalização monetária para além do âmbito administrativo da LAC. No acordo de leniência há, via de regra, o compromisso de pagamento de multa e da reparação de danos.

Ocorre que a Lei Anticorrupção dispõe expressamente que essas sanções não impedirão que Advocacias Públicas, órgãos de representação judicial ou equivalentes e o Ministério Público ajuízem ações buscando outras penas, tais como a de perdimento de bens ou valores que resultem direta ou indiretamente da infração (art. 19, I, LAC). A lei ainda deixa claro não afetar processos de responsabilização pautados na LIA, a legislação referente a licitações (art. 30, LAC) ou a competência para endereçar infrações à ordem econômica (art. 29, LAC).

Afastada a intenção desse artigo endereçar todas as potenciais sobreposições normativas, este subtópico visa chamar atenção para o fato de que casos concretos podem contar com ilícitos que se enquadram concomitantemente na LAC e na LIA.

Nesse contexto, é essencial que a autoridade municipal encarregada das tratativas atue de modo a observar o princípio da vedação ao *bis in idem*, e evitar o sancionamento duplo do pretense colaborador por uma mesma conduta.

A nova redação da LIA (via Lei nº 14.230/2021) trouxe segurança ao afastar suas sanções quando já houver punição da pessoa jurídica via LAC (art. 3º, §2º e art. 12, §7º) – noção que pode constar expressamente na minuta final do acordo para fins de reforço.

Essas redações possibilitam que, cumuladas com a interpretação do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7236 – que entendeu pela ausência de exclusividade do Ministério Público sobre ações de improbidade –, um acordo de leniência seja mais amplo e liderado por uma única autoridade – sem prejuízo da presença e ou anuência de outras. Dessa forma, em que pese a existência da multiplicidade de legitimados para a propositura de ação de improbidade administrativa, entende-se possível que o acordo de leniência seja solução para endereçar, simultaneamente, atos considerados ilícitos sob a LAC e a LIA, bem como casos em que haja o interesse de incluir sob o objeto

21. Conforme redação dos acordos que foram firmados em 2022 e já disponibilizados pela CGU referentes às empresas: Mar Holding Participações S.A. e Operadora e Agência de Viagens TUR Ltda., Resource Tecnologia e Informática Ltda., BRF S.A., UOP LLC., Keppel Offshore & Marine, Gol Linhas Aéreas Inteligentes S.A., Hypera S.A. e Stericycle. Checagem realizada em 06.09.2023.

22. A discussão se dá no âmbito do Recurso Especial nº 1795982/SP.

da transação irregularidades cometidas antes da vigência da Lei Anticorrupção.

Outra previsão relevante para reduzir a insegurança é presença, no acordo de leniência, da lógica de abatimento de valores pagos caso o colaborador venha a ser sancionado para além da esfera administrativa da LAC, como forma de evitar a dupla punição por um mesmo ilícito.

e. Fantasma da Lava Jato

Por fim, é relevante refletir sobre a dimensão de valores potencialmente envolvidos num acordo de leniência municipal. Nos últimos anos, eventos relacionados à Operação Lava-Jato resultaram na execução de compromissos na casa de bilhões de reais. Envolveram ainda prazos longos para os respectivos pagamentos e observância de compromissos para melhorias significativas em programas de integridade.

Evidente que acordos com tamanha magnitude possuem méritos e desafios próprios. Todavia, essa configuração não deve ser vista por autoridades municipais como condição *sine qua non* para que os objetivos da LAC sejam atingidos.

No ambiente municipal, é possível que o caso concreto de tratativa de leniência envolva condutas e empresas de menor porte financeiro – quando comparado com acordos firmados pela CGU, por exemplo –, ou mesmo que envolva contratos de menor porte. Esse tipo de situação não deve diminuir o interesse local em buscar alavancar sua capacidade investigativa nem em uma solução consensual para o endereçamento de ilícitos tipificados pela LAC.

Acordos de leniência que envolvam empresas e somas menores não implicam em contratos menos relevantes. Além de viabilizar o ressarcimento do erário municipal, o ganho com a alavancagem investigativa e de fomento a uma cultura de integridade são objetivos justificáveis o suficiente.

Independentemente das eventuais particularidades, não há que se pensar que multas e estimativas de danos eventualmente menores impliquem - sanções menos brandas. É relevante que as autoridades locais não reduzam o impacto de suas negociações quando as compararem com a extensão temporal e financeira do trabalho desenvolvido em âmbito federal.

4. PERSPECTIVAS: O QUE PODE SER FEITO

Neste último tópico serão abordados elementos identificados a partir de experiências municipais que podem contribuir para que outros venham a ser executados em localidades diversas.

a. Fortalecimentos institucionais

De pronto, entende-se ser necessário um ambiente no qual as instituições estejam fortalecidas. Acordos de leniência abordam temas sensíveis, incluindo a expectativa de ter o erário justamente ressarcido e uma mudança de postura da pessoa jurídica envolvida. Há ainda um contexto de exposição do agente privado e de complexidade dos cálculos de multa e dano.

É preciso, portanto, que a autoridade responsável pela condução das tratativas esteja equipada e seja apoiada pelas demais instituições, como Procuradoria Geral do Município e Tribunal de Contas do Município – se existente –, a fim de difundir a ótica negocial. Interessa, assim, um alinhamento entre as partes do poder público que estão relacionadas à discussão, até para evitar retrabalhos para as autoridades e insegurança jurídica para o colaborador.

O estabelecimento de procedimentos para informar a existência de tratativas e determinar o que deve ser feito caso outra autoridade possua em andamento algum processo que possa vir a ser impactado com a assinatura de um acordo de leniência é relevante.

Regras auxiliam na condução das negociações, de modo que seja inclusive reduzido o risco de exposição de informações que possam comprometer o potencial investigativo de fatos e documentos fornecidos pelo colaborador. Ainda, a organização de etapas e das correspondentes competências contribui com o fortalecimento institucional dos entes públicos, a fim de mitigar decisões conflitantes ou questionamentos posteriores sobre o conteúdo do acordo.

b. Difusão de conhecimento aos agentes privados

Como segundo elemento, e na linha do que foi abordado anteriormente, percebe-se que a comunidade empresarial pode se beneficiar da difusão de conteúdos sobre a temática anticorrupção.

Evidente que o agente privado tem a responsabilidade de buscar conhecer a legislação correspondente e seus desdobramentos. Deve-se, no entanto, ponderar que fora de grandes centros pode haver uma carência de informações e um contexto de empresas de menor porte, com assessoramento jurídico mais restrito. Recuperando o que foi defendido acima, eventuais transações menores não podem ser vistas como menos significativas.

É importante que os municípios compreendam o potencial do instituto da leniência em sua complexidade: sancionar empresa responsável pelo ilícito, alavancar investigações que permitam mapear outros envolvidos, reparar os danos suportados e fomentar a adoção de ações de compliance.

A difusão de informações sobre a LAC, formas de remediação de irregularidades – via instituição ou melhoria de programa de integridade – e de como propor e conduzir processos de leniência pode ser de grande valia.

c. O papel da CGU no processo de difusão federativa de conhecimento

Por fim, a aplicação de materiais e precedentes da CGU é elemento que pode contribuir para um maior número de tratativas bem-sucedidas de acordos de leniência. Há anos a referida autoridade tem elaborado não somente normas complementares à LAC e ao Decreto, mas guias e outros tipos de documentos que auxiliam instituições públicas e empresas a compreenderem melhor os procedimentos do PAR e da negociação de leniência, a aplicação de sanções, os programas de integridade etc.

É evidente o papel da CGU como referência no processo de difusão federativa de conhecimento de matéria anticorrupção. Mesmo diante do que já está disponibilizado, entende-se que ainda é preciso contar com direcionamentos mais concretos em discussões que surgem nas tratativas. A questão do cálculo da vantagem auferida e da não incidência de juros de mora sobre o montante do ressarcimento de danos são bons exemplos.

Sabe-se que as autoridades municipais têm autonomia para solicitar o posicionamento da CGU para fins de precedente e esclarecimento em casos complexos. Nessa linha, ressalta-se que o Decreto traz, em seu art. 67, que essa autoridade federal tem função orientadora no ambiente de integridade nacional.

Diante do número pouco expressivo de acordos de leniência municipais, entende-se ser necessária uma intensificação de difusão de posicionamentos e materiais a fim de auxiliar autoridades locais na condução desse tipo de tratativa. Isso contribui para que haja mais segurança jurídica para a instituição pública à frente do processo de negociação e para a pessoa jurídica que é parte, contribuindo para reduzir potenciais equívocos ou questionamentos futuros.

Iniciativas da CGU como a do lançamento da “*Rede Nacional de Promoção da Integridade Privada*” – que conecta essa com as Controladorias estaduais e municipais – e de cartilha contendo sugestões de redações para a regulamentação da LAC pelas cidades são relevantes para o compartilhamento de experiências e conhecimento e devem ser expandidas.²³

Acredita-se que medidas de fomento e adoção de procedimentos para a aplicação da Lei Anticorrupção nos 3 níveis da federação podem inclusive influenciar positivamente a estruturação de uma burocracia mais capacitada para o combate à corrupção em âmbito municipal, contribuindo para maior utilização das leniências e outros mecanismos de consensualidade.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou expor, a partir do exame de experiências municipais e de dados das 26 capitais brasileiras e do Distrito Federal, como o acordo de leniência previsto na LAC tem sido subutilizado em nível municipal.

Considerou-se que o uso desse instrumento consensual se insere num contexto desafiador pelas características de realidades locais diversas. A ausência de normas que regulamentem a LAC é a primeira problemática, e a falta de segurança jurídica acaba se relacionando com a também ausente estrutura burocrática. Esse combo, somado a uma ainda incipiente cultura corporativa de soluções não litigiosas, contribui para o cenário atual de inexpressividade de acordos de leniência firmados por autoridades municipais.

23. <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2023/06/cgu-lanca-rede-nacional-de-promocao-da-integridade-privada> e https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44491/5/1_cartilha_de_decretos_para_regulamentacao.pdf.

Para além desse contexto, nota-se que, quando há de fato uma negociação, surgem novos desafios, principalmente relacionados com questões práticas sobre valores – afinal, nem mesmo a CGU está imune a tais situações.

Cálculos sobre vantagem auferida e multa, bem como de reparação de danos, podem ser particularmente complexos. Essas e outras questões laterais,

mas igualmente relevantes – como a incidência de correção e juros de mora, além da relação da LAC com outras legislações – podem se beneficiar de ações que visem fortalecer as instituições e a difusão de conhecimentos. Em ambos os casos, o suporte cada vez mais frequente da CGU tem potencial de ampliar e consolidar uma cultura local de acordos de leniência bem-sucedidos.

REFERÊNCIAS

- Almeida, M. & Lira, Laura F. L. (2020). Retroatividade e Acordo de Leniência: a solução consensual da Lei Anticorrupção no tempo. *Revista da AGU*, 19(01), 201-224 Recuperado de http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-AGU_v.19_n.01.pdf.
- Amaral, S. & Matheus, W. (2022). Diagnóstico Nacional do Controle Interno: Uma avaliação do nível de estruturação das Unidades Centrais de Controle Interno do Poder Executivo dos Municípios Brasileiros baseada no COSO I e IA-CM. *World Bank Group*. Recuperado de: <https://conaci.org.br/wp-content/uploads/2023/06/Digital-Diagnostico-Nacional-do-Controle-Interno.pdf>.
- Controladoria-Geral da União & Advocacia-Geral da União (2018a) IN CGU/AGU 02/2018. Recuperado de: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kuj-rw0TZC2Mb/content/id/15160617/do1-2018-05-21-instrucao-normativa-n-2-de-16-de-maio-de-2018-15160613
- Controladoria-Geral da União & Advocacia-Geral da União (2018b). Parecer 00231/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 22 de agosto de 2018. Recuperado de <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/45702>
- Dipp, G. & Volkmer de Castilho, M. L. (2016). *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva.
- Fernandes, V. & Mendes, G. F. (2021, 13 de abril). Acordos de leniência e regimes sancionadores múltiplos. JOTA. Recuperado de <https://www.jota.info/especiais/acordos-de-leniencia-e-regimes-sancionadores-multiplos-13042021>
- Guerra, S. & Palma, J. (2018). Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. In. *Rev. Direito Adm.* Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13.655/2018), 135-169 Recuperado de: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77653>.
- Ministério Público Federal (2017). *Nota Técnica 1/2017 – 5ª CCR*. Recuperado de <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>
- Palma, J. & Marques Neto, F. (2022). Consensualidade Administrativa na Regulação: Acordos Substitutos no Setor de Telecomunicações. In J; Palma A. Voronoff & R. Toledo (Coord.) *Direito Administrativo Sancionador Regulatório*. São Paulo, SP: CEEJ.
- Paula, F. & Kraft, A. (2023, 23 de maio). Acordos de leniência municipais: reflexões a partir do caso de São Paulo. JOTA. Recuperado de <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordos-de-leniencia-municipais-reflexoes-a-partir-do-caso-de-sao-paulo-23052023>
- Spagnolo, G. (2006). Leniency and whistleblowers in antitrust. In: Buccirosi, Paolo (Ed.), *Handbook of Antitrust Economics*. The MIT Press, Cambridge. Recuperado de https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4395738/mod_resource/content/1/SPAGNOLO%20-%20Leniency%20and%20Whistleblowers%20in%20Antitrust%20%28full%29.pdf

**Felipe de Paula**felipe.paula@fgv.brORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2920-1642>

FGV Direito SP

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo e pela Universidade de Leiden (Holanda). Professor da FGV Law da Fundação Getúlio Vargas. Ex-Secretário para Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Advogado.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9544611595355998>**Amanda Moreira Kraft**amandamkraft@yahoo.com.brORCID: <https://orcid.org/0009-0008-1987-8426>

Universidade de São Paulo

Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogada.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3558842554028870>**Betina Le Grazie**betina.legrazie@gmail.comORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6048-0160>

FGV Direito SP

Mestranda em Direito e Desenvolvimento na Fundação Getúlio Vargas com apoio da bolsa Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9498150168200409>